(12

PER

D. DECIO, D. DOMENICO, ED ALTRI FRATELLI
FRANCIA

CONTRO

D. RAFFAELE MARINCOLA.

Scrivano D. Gaetano Pagano
In Banca di Amora.

Civitem 12.

J. M. J.

TOrna a novella decisione nel S. C. la causa tra D. Raffaele Marincola, e D. Decio, D. Domenico, ed altri fratelli Francia. Con sentenza profferita a 21. Dicembre dello scorso anno 1803. furono li fratelli Francia condannati alla soddisfazione di un capitale di ducati tremila con un cumolo esorbitante di annualità decorse dall' anno 1711. fin' oggi. I miei clienti si sono di tale sentenza rispettosamente doluti colle nullità, sul merito delle quali dee oggi il S. C. occuparsi a pronunziare la seconda decisione. Li fratelli Francia si augurano questa volta fortuna migliore, ed essi pieni di fiducia espongono la loro difesa alla giustizia del Tribunale, pregando li Signori votanti a prestare ora più che mai benigno ascolto alle loro ragioni, e ponderarle con più serio esame, e più posata discussione. Ecco adunque la breve idea della controversia.

Tommaso Marincola dimandò nel S.C. condannarsi D. Decio, ed altri fratelli Francia di Catanzaro alla sodisfazione di un capitale di ducati tremila con un cumulo esorbitante di terze decorse dall' anno 1729. fin' oggi. A tale intendimento produsse un istrumento stipulato per Notar Giuseppe la Rossa in Catanzaro a 18. Novembre del 1711. tra D. Giulia Marincola, e D. Decio di Francia il vecchio, e D. Michele, e D. Giovanni di Francia. Quindi D. Rafaele Marincola come erede di Giulia Marincola proseguendo l' azione dedotta da D. Tommaso suo padre, sostenne doversi rescindere il contratto contro i pretesi debitori. I miei clienti contro siffatta dimanda varie opposizioni fecero, e molte valevoli eccezioni svegliarono. Essi soste-

nero risolutamente, che il credito, che si pretende, dee riputarsi dal suo nascere simulato, ed efimero, o se vero, e genuino dovesse dirsi, egli dee onninamente presumersi sodisfatto, ed estinto. Oltre al tempo lunghissimo, ed al silenzio continuato, e costante, che sparge un' aria di discredito all' azione promossa, i fratelli Francia innumerevoli argomenti, e gravi, e solide congetture, ed urgenti indizj posero in veduta al Tribunale a ribatter la dimanda dell' avversario, e per dimostrare vano, ed inesistente quel credito, che fuor di ragione si chiede. Su tale azione, ed eccezioni impartito dal S. C. un termine ordinario, e questo già da entrambe le parti compilato, il Tribunale decise a pro dell' attore. Di questa sentenza dee ora discutersi il richiamo da noi prodotto. Ecco l' oggetto della presente difesa.

A voler dunque dimostrare con gravi, e solide pruove la vanità dell' azione dedotta da D. Raffaele Marincola, ed a voler porgere al Tribunale la chiara, e sicura idea di tutti gli argomenti, che dimostrano già soddisfatto il credito da lui preteso contro li fratelli di Francia, noi crediamo opportuno andar raccogliendo tutte quelle presunzioni gravi, ed urgenti, che rendono indubitato, e sicuro il pagamento. Noi le vedremo partitamente, esaminando il valor legale, e la efficacia di ciascuna di esse, ed indi raccogliendo le idee, e le conseguenze legali, che ne risultano, ne trarremo quella dimostrazione, che può ben giungere al grado della morale evidenza. Indi rivolti ad altre idee dimostreremo per quante vie, e per quanti modi merita riforma la sentenza del S. C., di cui faremo un analisi ben ragionata, comprovando con nuovi argomenti la ragione de' nostri Clienti. Questa è la miglior opera, che ad essi potremo rendere.

Si-

Silenzio.

Comechè sia vero, che il tempo non è modo legale, onde sciolgansi le obbligazioni, egli è vero altresì, che la taciturnità, ed il silenzio, specialmente laddove concorrano altri sodi, e valevoli indizj, induce una grave congettura, ed argomento di presunta soddisfazione. Se la legge non presume persona veruna stupida, ed imbecille, egli è chiaro, che quando taluno per lungo tempo si mostra non avere chiesto un credito, questo istesso lascia ben intendere, che il credito sia stato soddisfatto. La sperienza gran maestra del vero ci rende ognor persuasi, che i creditori non sono sì dolci di sale, che vogliano per assai lungo tempo, e per lunga serie di anni lasciare tranquilli, e quieti i loro debitori. In fatti chi è colui, che intenda i proprj interessi, e lasci scorrere una lunga serie di anni, senza chieder giammai la sodisfazione del suo credito, specialmente da chi può con facilità soddisfare. Ecco perchè i più gravi Scrittori à ragion veduta sostennero, che la taciturnità, ed il continuato silenzio, specialmente laddove oltrepassi i dieci, o i venti anni somministra valevole congettura della seguita soddisfazione (1). Or se D. Giulia Marincola sopravvisse

(1) Gli Scrittori del Foro fondano sempre il principale appoggio del presunto pagamento nella lunghezza del tempo. *Maxime valida est conjectura, quando cum temporis diuturnitate concurrit silentium, & taciturnitas; fundatur enim in experientia rerum magistra, & proinde non dicuntur istæ simplices conjecturæ, sed probationes manifestæ* *. La maggior parte de' DD. credono sufficiente un decennio; Vi sono alcuni, che maggior tempo richieggono, secondo la varietà delle circostanze, e degli altri argomenti, che vi concorrono. Il Rocca fece valere codesto argomento di-

* *Galeota controv.* 14 *num.* 11. *Lib.* 2.

diciassette anni dopo l' istrumento del credito, che si vanta dall' avversario, essendo ella mancata di vita nel 1729., e l' istrumento fu stipulato nel 1711., ed in tutto questo tempo intermezzo non vi è vestigio alcuno, nè pruova di essersi giammai doluta, nè di aver mai cercato il pagamento: e dopo la di lei morte i suoi eredi neppure cercarono tal pagamento, serbando quel costante silenzio, che per tutto il tempo, che visse, aveva serbato D. Giulia prima creditrice; qual dubbio può

in un caso, nel quale soltanto sedici anni eran trascorsi. Scrive egli così: *Initio illa scse nobis offert ex lapsu temporis annorum fere sexdecim desumpta conjectura; cum a verosimili satis abcrrare videatur adversarium tanto temporis intervallo crediti sui petitionem distulisse, si revera illud non fuisset solutum* *. Il profondo, e sensato Merenda contesta, che la lunghezza del tempo per teoria costante del Foro sia valevolissima ad indurre la idea del presunto pagamento, ed a discreditare l'azion del creditore. Così egli: *Quod diuturnitas temporis præbeat urgentem conjecturam solutionis, cum non sit verisimile, creditorem tamdiu dilaturum fuisse exactionem sui crediti, est traditio recepta a DD. Castrensis videndus lib. 2. Cons. 58. n. 4., ubi agit de spatio viginti annorum* *. Il nostro Reggente de Rosa noverando le congetture idonee a provare la soddisfazione, crede, che la prima ad attendersi sia il lungo silenzio del creditore. *Conjecturæ, inquam, satisfactionem probant; & si singulariter non prosunt, multæ collectæ juvant, juxta textum in cap. cum causa de probat. Earumque prima est taciturnitas creditoris, sive temporis diuturnitas in non petendo credito, quæ potissima est, ut probant Menoch., utputa sexaginta annorum, sed cursum minoris temporis sufficere voluit idem Menoch. de præsumpt. & triginta an-*

* *Rocca disput. 15. num. 17.*

* *Merend. Controv. iur. lib. 24. cap. 18. num. 7. & seqq.*

può nascere, che questo credito sia già soddisfatto, ed estinto? Come può di ciò dubitarsi, dopo il tratto lunghissimo di circa novant' anni, quanti ne scorsero tra l' epoca dell' istrumento, ed il tempo, in cui fu dedotto il presente giudizio? Ma se a taluno codesta congettura non sembrasse del tutto convincente, ella non però potrà divenire urgentissima, qualora le si aggiungano le altre presunzioni, e le altre circostanze, che i DD. sul dettame delle leggi, e colla guida del buon senso sogliono avere in considerazione, e porre a calcolo per trarne la idea del presunto pagamento. Or di coteste presunzioni, ed amminicoli, tali, e tanti ne somministra la causa presente, che noi possiamo ben dire aver pruova non che sufficiente, ma anzi sovrabbondante, che il credito sia stato indubitatamente soddisfatto. Queste circostanze fa uopo quì attentamente rilevare. Ecco pertanto il lavoro, al quale ci accingiamo.

 Di-

annorum *. Or che diremo nel caso presente, in cui trattasi di un debito antichissimo? Il nostro S. C. presso il de Franchis sol perchè trattavasi di un debito di un' origine assai rimota stimò assolvere i rei convenuti. *Hic punctus fuit propositus, sed quia postea apparuit debitum antiquissimum, non aliter hoc puncto discusso, fuit absolutus conventus.* Or se a questa considerazione si aggiunge la facilità dell' esazione per le circostanze del debitore, la presunzione acquista una forza ineluttabile, he non può da altra pruova restare annientita. Così il le Rosa. *Secunda conjectura est conditio debitoris, & creditoris, veluti si ille erat solvendo* etc. *. Ma noi di ciò ratteremo particolarmente a suo luogo.

* *De Rosa Prax. Civil. cap.* 1. *num.* 117. *et* 119

* *De Rosa ibidem.*

Dichiarazione di D. Giulia.

D. Giulia fu la posseditrice di un fedecommesso istituito da D. Porzia di Francia sua madre, al quale erano espressamente invitati D. Francesco, e D. Tommaso di Francia seniori, quando fusse mancata senza figli. D. Giulia nel di lei testamento (1) fece menzione del dritto de' Fratelli Francia su tal fedecommesso, giacchè non avendo procreato figli, e vedendo estinta pur la speranza di averne, ravvisava già prossimo il momento di verificarsi la contingenza della sua morte senza figli. In tale occasione doveva ella far menzione del credito, che rappresentava contro i fratelli di Francia. L' opportunità lo esigeva; e quando non ci piacesse attribuire a D. Giulia la taccia della imbecillità, e della stupidezza, dobbiamo dire, che quello era il momento, in cui dovea spiegarlo. Or se essa dovea allora dichiarare il suo credito per contrapporlo alla pretensione de' fratelli Francia circa il fedecommesso di D. Porzia, e pur nol fece, forza è conchiudere, che quel credito più non esisteva, ed era stato già sodisfatto. Questa conseguenza è figlia del buon senso, e della retta ragione: è il risultato della comune sperienza. Quindi è da valutarsi come una urgente congettura, ed un grave argomento della seguita soddisfazione.

Codesta congettura merita special' attenzione, giacchè non può idearsi, che la creditrice abbia voluto nel testamento far menzione più tosto di ciò, ch' era di pregiudizio al suo erede, ed a favore de' debitori, tralasciando di spiegar quello, che poteva favorire gli eredi per lo suo credito, di cui era quello il momento opportuno di farne particolare spiega, e dichiarazione. Siffatto argomento sembrò anche plausibile, e di grave peso al Reggente de Rosa nel luogo citato: *Tertia conjectura est si debitor in ultimo elogio plura reliquisset legata, & de prætenso credito verbum non fecisset* *. La-

(1) *Fol.* 18. *Esame de' fratelli Francia.*

* *De Rosa loc. cit. num.* 120.

Lascito disposto da D. Giulia a favor di D. Decio di Francia, il vecchio, e di altri suoi fratelli.

OLtre alle accennate dimostrazioni, ed argomenti, che contestano il pagamento, rileva assaissimo, che si ponga mente al lascito, che D. Giulia Marincola in morendo dispose a pro di D. Decio de Francia il vecchio, cui legò ducati trecento, oltre a varj legati disposti a favore di D. Michele, e D. Giovanni fratelli di D. Decio. Questo fatto lascia ben' intendere, che D. Giulia Marincola, facendo valere i dritti de' vincoli del sangue, fu inclinata ad usar beneficenza colla famiglia di Francia, e quando si rivolse a contemplare nel suo testamento i divisati fratelli di Francia suoi cugini con lasciti considerevoli, questo fatto inducè una sicura idea, che il credito che rappresentava contro di essi, era stato o generosamente rimesso, o conteggiato tra loro, e soddisfatto. In fatti come può uom ragionevole persuadersi, ch' esistendo allora il credito di D. Giulia contro D. Decio, e fratelli de Francia, lungi di dire nel testamento, io li libero, e assolvo dalle somme, di cui mi van debitori, abbia detto voglio che lor si diano ducati trecento, e più? Come par verisimile, che D. Giulia lasciando D. Decio, e fratelli di Francia esposti alle molestie dell' erede per la soddisfazione del debito censuale, avesse voluto con idea opposta, e contraddittoria usar con essi beneficenza con legati rilevanti, e considerevoli? Questa è un idea così assurda che non può ammettersi senza supporre in D. Giulia stravaganza tale da menarla alla casa de' mattarelli. E se tale, e tanta fatuità non è da supporre giammai, possiamo conchiudere con ragione, che il debito non esisteva più, quando D. Giulia fece il suo testamento.

Parve di grave peso, e di somma forza questo argomento al dotto, e laborioso Arpretto, il quale con particolar trattato, e con egregie vedute di giurisprudenza raccolse, e rilevò le congetture atte a provar la soddisfazione, e va-

valutò di ciascuna l'efficacia, e la forza *.

Congiunzione del sangue.

NIuna delle parti contendenti disconviene della verità di questo fatto. Fin da' tempi di Giulia Marincola, le due famiglie Marincola, e Francia erano strettamente congiunte di sangue. D. Giulia Marincola, e D. Decio di Francia il vecchio erano cugini tra loro. Seguentemente per li nuovi matrimonj seguiti tra le due famiglie, si sono novellamente imparentate, di tal che D. Raffaele Marincola, e i miei Clienti sono ancora cugini. Egli è sicuro per legge, che i vincoli del sangue ispirano una vicendevole fiducia tra le persone congiunte, e saggiamente dice il Cardinal de Luca, che *proprium conjunctorum est fiducialiter agere* *. Quindi è, che la circostanza della parentela è anche da attendere moltissimo per indurre la presunta soddisfazione, giacchè molto volentieri tra le persone congiunte di sangue i pagamenti si fanno con maggior fiducia, e senza adoperar quei riti, e quelle formalità, che tra gli estranei si adoperano, le quali son figlie della diffidenza, e son dirette a garentirci dalli tratti della mala fede, che tra i congiunti molte volte non si soglion temere. Quanto valga, e qual peso faccia cotal circostanza in concorso specialmente degli altri requisiti additati nella celebre *L. Procula C. de probat.*, sarà nostra cura rilevarlo attentamente più innanzi.

Con-

* Si vegga la sua disputazione 44. del Tomo 2. delle sue dotte dissertazioni, ove questo punto è con serietà di giudizio, e dottrina maneggiato.

* *Card. de Luca disc.* 32. *num.* 4. *De credito et debito.*

Contratti interceduti tra le due famiglie.

MErita distinto luogo tra gli argomenti, onde la presunta soddisfazione si trae, la circostanza de' pagamenti fatti dal creditore a favore del debitore istesso. E' notevole il seguente fatto contestato da idonee pruove, e da pubbliche scritture nel termine compilato a pro de' fratelli di Francia. Nell'anno 1746. D. Teresa Marincola figlia di D. Fabrizio Marincola, e zia dell'attore D. Raffaele, sposò D. Filippo di Francia padre de' miei clienti. Si promise a tale occasione la dote in più migliaja, e se ne stabilì il pagamento dopo alcuni anni, e trattanto si convenne la soddisfazione degl' interessi. La dote promessa fu soddisfatta: gl' interessi decorsi si corrisposero. D. Fabrizio Marincola diè *in solutum* un capitale per estinguere il suo debito dotale (1). Posto questo fatto indubitato, chi mai saprebbe supporre esistente, e non soddisfatto il debito della famiglia Francia, senza rinunziare ad ogni lampo di ragione, e ad ogn'idea di buon senso? Come mai può credersi, che potendo D. Fabrizio Marincola ritenere, e compensare il suo credito, pagasse placidamente la dote promessa: e quando anche la premura di conchiudere il matrimonio lo avesse fatto tacere nell'atto, che costituì la dote, non è da pensare, che posteriormente non avesse opposta la compensazione. Ov'è l'uom sì gonzo, e dolce di sale, che essendo debitore, e creditore insieme di un altro, e potendo compensare il credito col debito, nol compensi, e si contenti di pagare il debito intero, senza far menzione alcuna del credito suo? Questo fatto esibisce una idea così assurda, ed opposta ad ogni verisimiglianza, che i DD. tutti i più sensati di accordo sostennero esser questa una invitta pruova, non che congettura del presunto pagamento. Quindi il de Rosa valutandone la efficacia, fortissima

(1) *Fol. 98. & 99. Esame de' Fratelli Francia.*

ma la chiama (1), ed Anello Amato la chiama urgente (2). Questo Scrittore maneggiando un caso del tutto analogo a quello, che abbiam tra le mani, fa vedere quanto sia concludente, e di peso l'argomento, che nasce da siffatta circostanza. Egli parla di un preteso creditore, il quale dichiarandosi debitore del preteso debitore, non potendo altrimenti pagare, pagò cedendogli alcuni nomi di debitori. Simili idee spiegò il Toro (3), il quale ha per inverisimile, che taluno paghi, quandochè compensando può non pagare. E l'Ursaja con posato giudizio riflette, che ciò debba aversi non solo come inverisimile, ma anzi come eccedente la linea di ogni credibilità.

Il celebre Antonio Merenda, il quale seppe con felice maestria alla grave, e solida conoscenza del dritto congiungere la dottrina del foro, ed utilmente adattarla alle quistioni, che si agitano ne' Tribunali, maneggia con molto avvedimento l'articolo in contesa. Egli rilevando quanto sia da valutarsi legalmente la pruova, che risulta dalla enun-

(1) *Si creditor in alio contractu debitorem se constituisset, vel debitori, sive heredi pecuniam solvisset: quæ quidem satisfactionis conjectura fortissima est, cum naturaliter compensasset.* De Rosa *in prax. Civil. cap. 1. num. 128.*

(2) *Aperte probatur solutio, seu non jus actoris ex scriptura in processu deducta, in qua idem Ludovicus assertus creditor post septem menses allegatæ solutionis per ipsum factæ duc. 250. fatetur se debitorem in duc. 86. eidem gratis mutuatis . . . . nec volens illos solvere cessit eidem Anello nomina ejus debitorum; & quamvis hoc solum non sufficiet ad solutionem probandam, attamen urgens ex hoc præsumptio inducitur, ut debitum satisfactum præsumatur.* Amat. *Cons. 53. n. 5.*

(3) *Qui dicit se creditorem, si appareat se obligasse debitori suo, præsumitur quod non sit creditor, quia si fuisset compensasset; quum non sit verisimile, quod qui solvit alteri; debeat ab eo aliquid consequi.* Thor. *part. 3. sect. 3. v.* solutio.

enunziata circostanza, dopo aver dimostrata questa dottrina, come consentanea alla giurisprudenza, ed al buon senso, afferma con sicurezza, che siffatta circostanza anche sola, e senza il corredo di altri amminicoli induce la certa idea del presunto pagamento. E' pregio dell'opra il sentire come ragiona questo giudizioso Scrittore: *Inter efficaciores enim conjecturas, quod creditori fuerit satisfactum, illa est, quod poterat per se juste, ac facile sibi satisfacere. Jactare enim suum videtur, qui solutionem sui crediti, quam undique laudabiliter obtinere potest omittit; neminem autem æstimandum esse jura sua jactare . . . huic autem conjecturæ si additum fuerit creditorem numerasse pecuniam, quam nudo verbo opposita compensatione retinere poterat; res adeo inverisimilis redditur, ut a stultitia non possit excusari* (*). Simili idee spiegò il lodato Arpretto così: *procedimus ad XVI. conjecturam, quam denuo efficacissimam appellat Claudius Bertazolius, si nimirum dum quis illud, quod sibi debetur compensare potuisset, ad solutionem alterius debiti, quod ab ipso exigitur, sese promptum declaret* (*). E' questa una teoria comune, acclamata dagli Scrittori i più accreditati, secondochè assicurano il Brunemanni (1), l'Andreoli (2), il Mascardi (3), ed il Deciano (4); ed in cosa così evidente e contestata da ognuno è inutile aggiungere altre parole.

Opu-

(*) *Merend. Contr. Jur. lib.* 15. *cap.* 36. *num.* 3. *& 4.*
(*) *Harprect. Vol.* 11. *disputat.* 44. *num.* 128.
(1) *Cons.* 23. *n.* 10.
(2) *Controv.* 57. *n.* 13.
(3) *De probat. concl.* 1325. *n.* 29.
(4) *Lib.* 2. *Cons.* 60. *n.* 28.

Opulenza della famiglia delli presunti debitori.

LA famiglia di Francia si distingue in Catanzaro per varj riguardi. All'origine cospicua, ed alla nobiltà, di cui è adorna, si congiunge un sufficiente corredo di beni di fortuna. Ella si mantiene con agiatezza, e comodo proporzionato al grado. Non sembra dunque verisimile, che potendo senza grave incomodo gl'individui di tal famiglia soddisfare il presunto debito, non l'avessero finora soddisfatto, ed è inverisimile altresì, che i Signori Marincola diligenti ne' loro interessi, se ne fussero stati quieti, e tranquilli per una serie sì lunga di anni, senza prendersi mai il pensiere di chiedere tal pagamento da chi poteva con facilità adempirlo.

Non curanza, ed indifferenza di D. Giulia nell' adempimento de' patti dello strumento censuale.

NELL'istrumento del credito, che si è recato in mezzo dall'avversario, e si è prodotto in iscena or la prima volta nel presente giudizio, si ravvisa un patto degno di particolare avvertenza. Quivi sta convenuto, e spiegatamente dichiarato, che morendo alcuno de' fratelli Francia debitori, avessero dovuto gli eredi obbligarsi *de facie ad faciem* a favore di D. Giulia, e ciò per avere la creditrice il vantaggioso effetto della più pronta, e spedita liquidazione dell'istrumento. Or tale contingenza preveduta dalla creditrice si avverò mentre ella vivea. Era dunque allora il caso di costringere gli eredi all'adempimento del patto, ch' era diretto alla utile cautela della creditrice. Ma qual traccia di quest' obbligo novello, e di tale rinnovazion di cautele vi è stata giammai nella serie di tante generazioni, che sono intercedute? Dimandò mai D. Giulia tale obbligo da faccia a faccia? Riclamò mai l' osservanza del patto? Niente di ciò. E come tanta indolenza in una persona tanto avvertita ne' proprj in-

interessi? Non è questa una grave congettura, ch' ella nol chiese, perchè il credito era stato estinto? Non è questo un amminicolo efficace, e stringente per confermarci vieppiù nella idea del presunto pagamento?

Ecco dunque, come giusta il sano pensare il fatto additato somministra ampia pruova, ed invitto argomento della presunta soddisfazione.

Si dilegua la obbiezione, che si fa nascere dal viglietto.

L' avversario conta molto, e gran sostegno crede tratre alla sua intrapresa da un viglietto, che si presume scritto da D. Filippo di Francia. Io non mi brigo di esaminare, se genuino sia, ovvero no tal viglietto. La pruova, che nasce dalla comparazion de' caratteri è per legge, e per consenso de' DD. vacillante, e fallace. Al più a volerle far grazia si riduce ad un semplice indizio, che da altri più forti resta annientito. Ma, prescindendo da tali considerazioni, che ben ne discreditano la legittimità, vediamone il tenore, e facciamci ad analizzare, se debba avere quel merito, e quella forza, che l' avversario vorrebbe attribuirgli. Primieramente giova il riflettere, che codesto viglietto sfornito di data, e di epoca, sfornito ancora di sottoscrizione, che ne autorizzasse il contenuto, a veder chiaro si riduce ad essere una cartoccia, che non ha aria veruna di legittimità, e non dee meritare affatto l' attenzione del Tribunale.

Dippiù figurando pur vero, e legittimo il viglietto, qual pruova somministra? Qual conseguenza può trarne a suo vantaggio l'avversario? D. Filippo di Francia rivolgendo le sue carte vide l'istrumento di un debito, del quale benchè espressa non appariva la soddisfazione, vedea non però molti, e gravi argomenti, onde presumerlo estinto, e

* *Mcrend. Contr. Jur. Lib.* 15. *cap.* 36. *num.* 6.

e soddisfatto. Egli dunque spinto da soverchia delicatezza voleva dilucidare questa faccenda, e valutare le circostanze, che accompagnavano il presuto credito. Egli ne diè l'avviso alli Signori Marincola, ad oggetto di assodare questo punto, e non lasciare i suoi figli esposti al bersaglio di una lite, che per tal pretensione i Signori Marincola potevano svegliare contro di essi nel tempo avvenire. Era dunque sua intenzione, che l'affare si fusse ponderato, per vedersi il merito di una pretensione, che potevano i Marincola suscitare. Egli non però, lungi di avere per indubitato, e sicuro siffatto debito, non lasciò di spiegare, ch' era una pretensione efimera, e mal fondata. In fatti disse, che non voleva lasciare a' figli *l' apparenza di un debito*. Se l'apparenza esclude la realità, ed il fatto, egli è chiaro, e sicuro, che D. Filippo di Francia, in vece di considerare il credito di Marincola tuttavia esistente, consideravalo più tosto come un debito di mera appariscenza, cui mancava ogni fondamento di realità. Ma quel, che toglie ogni dubbiezza parmi, che sia, che malgrado tale avviso i Signori Marincola, lungi d' intraprendere la dimanda del loro credito, continuarono a stare in quel placido silenzio, in cui per tanti anni erano stati, e ciò non potè certamente per altro motivo addivenire, se non perchè erano intimamente persuasi della soddisfazione, ed insussistenza del credito medesimo. Quindi è chiaro, che niente di solido può trarre a suo favore l'avversario da quel viglietto, che tanto ostensa, e di cui pur tanto si compiace.

Conseguenze, e valor legale degli additati argomenti per indurre la sicura pruova del seguito pagamento.

LA pruova, onde si rileva il presunto pagamento la formano le congetture, le quali appoggiate sul verisimile, e su di quello, che la comune sperienza suggerisce, sono di tal valore, ed efficacia, che può benissimo un savio, e prudente Magistrato adottarle per norma direttrice delle sue decisioni. Se le congetture valgon moltissimo per loro stesse, debbon valere assai più, e debbon fare piena pruova, qualora si tratta di fatti antichi, la di cui memoria va a perdersi nell'obblio de' tempi. In tali casi, riflette sensatamente l'Afflitto, gl'indizj, e le congetture fan le veci di pruova compiuta, e come tali debbonsi attendere dal Tribunale. *Ex quo agitur* (sono le parole di questo Scrittore) *de re antiqua excedente tempus sexaginta annorum, per indicia, & conjecturas dicitur fieri plena probatio* (1).

Inoltre egli è ben da rimarcarsi, che laddove si tratta di assolvere un reo convenuto, ogni e qualunque pruova atta ad adombrare la posizion dell'attore, è sufficiente. E' nota la massima, che *favorabiliores sunt partes rei* (2), e sovventi volte in Giurisprudenza si osserva, che *quod non valet ad agendum, valet ad excipiendum* (3). Quando si tratta di rimuovere un' azione dedotta, non si richieggono quelle ragioni, ch' escludono la contraria possibilità; ma bastano quei soli indizj, che possono benissimo persuadere un uomo prudente, e sensato, e trovan fede presso a coloro, che forniti sono di comun senso, e di ragione.

In

(1) *Afflict. decis.* 13. *n.* 23.
(2) *L.* 125. *D. de R. J.*
(3) *Iacob. Gothofr. ad L.* 125. *D. R. J.*

In confermazione di tali verità tutti i DD. a non eccettuarne pur uno, appoggiati al tenore della notissima *L. Procula ff. de probat.*, comunemente insegnarono, che bastano le tre sole congetture additate in quella legge, per trarne la idea del presunto pagamento. Tali requisiti sono, *temporis diuturnitas*, *sanguinis conjunctio*, *& sæpe calculata ratio*.

Questi tre soli requisiti, senza il corredo di altri argomenti, bastano ad escludere ogni dimanda di pagamento, e somministrano al reo convenuto potente scudo per garantirsi da qualunqne molestia. Così l'Arpretto: *præcipue validissima, atque efficacissima conjectura æstimatur, quando tria hæc vincula, nempe cognationis, temporis diuturnitatis, & vel rationum sæpe calculatarum, vel alterius alicujus, sive urgentioris; sive æquipollentis; imo juxta nonnullos, etiam minus concludentium præsumptionum, simul, & copulative concurrunt, ex communi, & ab omnibus theoricis non minus, quam practicis DD. receptissima doctrina ad l. Procula 26. in verbis: Et diverso autem allegaretur, numquam id a Fratre, quamdiu vixit, desideratum, cum variis ex causis, sæpe in rationem fratris, pecunias ratio Proculæ solvisset, ff. de probat.. Harprect. Vol. 11. Disput. 44. num. 104.*

r che diremo nel caso attuale, in cui non solo le tre congetture additate nella *l. Procula*; ma quelle, ed altre moltissime, e di efficacia maggiore concorrono, che con chiarezza ci persuadono del già seguito pagamento? Assai minori argomenti, e per lo numero, e per l'efficacia fecero valere i Tribunali in date occasioni per escludere la dimanda del creditore. Sono ovvie, e s' incontran dovunque le decisioni confacevoli al caso. Il dotto Reggente Merlino ce ne riferisce una seguita nella causa tra Francesco, e Beatrice di Giuliano, ove la pretesa debitrice fu dalla G. C. della Vicaria a sua relazione assoluta per le seguenti congetture, che tutte concorrono nel caso attuale. Si ebbe in considerazione dal Tribunale la strettezza della parentela, si considerò, che di quel credito si era taciuto, senza farsene menzione alcuna in un istru-

istrumento di divisione, ch' era interceduto col creditore, e si considerò finalmente, che per tutto il tempo, che il primiero debitore era vissuto non l' aveva il creditore chiesto giammai. Siffatte considerazioni valsero tanto, che la G. C. in quei tempi non esitò punto a decidere, che il reo dovea essere assoluto. *Proinde M. C. V.* (dice il Reggente Merlino) *me referente judicavit die 7. Septembris 1692., quantitates debitas per prædictum Balthassarem ante bonorum divisionem, & rationum calculationes censeri solutas, sive remissas* (*). Minori argomenti, e men gravi congetture esibisce la specie decisa dal Senato di Mantova riferita dal Surdo (*), ove pure il reo fu assoluto. Se si volge l' occhio alle quattro decisioni del S. C., rapportate dal Toro (*), si vedrà ad evidenza riconfermato lo stesso. La causa, che ci riferisce decisa l'Amato, non contiene, se non che due delle congetture, che concorrono nella specie presente, e pure riuscì favorevole al preteso debitore. Il Petra, ed il Reggente de Rosa (*) ci recano ancora sicura testimonianza della costante dottrina del S. C. con altre decisioni ben ponderate de' nostri Tribunali; e se taluno avesse vaghezza di riscontrarle, troverà, che in esse non concorrevano se non che alcune soltanto di quelle congetture, che noi partitamente abbiamo rilevato concorrere nel caso attuale.

Nè vale quel che suppone l'accorto mio contraddittore, che costando la certezza del debito da pubblico, e solenne istrumento, e da contratto di annue entrate, non debbano allegarsi le pruove presuntive, nè sieno sufficienti le congetture per contestarne il pagamento. Questa idea è fallace; e non regge nel dritto. Ove mai in giurispru-

(*) *Merlin. Controv. Jur. cap. 87. per totum.*
(*) *Surd. decis. 104.*
(*) *Thor. Compend. decis. part. 3. verb. solutio.*
(*) *Rosa Prax. Civil. cap. 1. num. 136. & seqq.*

denza è stabilito, che quando il debito costa da strumento, o da altra pubblica scrittura, altra pubblica scrittura, e solenne quietanza sia richiesta per dimostrare seguita la soddisfazione? Basta volger l'occhio agli esempj allegati, ed alle decisioni finora riferite, per rilevare quanto sia male appoggiata codesta proposizione. Presso il Merlino il debito, che si pretendeva da Francesco Giuliani, risultava da pubblico istrumento rinnovato più volte (1). Il caso riferito dal de Rosa contien lo stesso; e le decisioni del S. C. recate dal Toro pur riguardarono debiti nascenti da pubbliche, e solenni cautele, che per sole congetture si ebbero per estinte. I nostri DD. con costante teoria ricevuta nel foro insegnarono, che se in un istrumento si fusse convenuto espressamente, non potersi in altra guisa dimostrare il pagamento, se non che per via di pruova istrumentale, e di pubbliche cautele, pur non pertanto si ammette la presunta soddisfazione, per la ragione, che quella pruova, che fa presumere la soddisfazione, e basta a far credere pagato il debito, quella stessa sia bastante a farci credere, che per la lunghezza del tempo la cautela del pagamento si fusse fatta, e poi col tratto degli anni si fusse dispersa, e messa in obblio. Su tali idee scrive il Consiglier Prato: *nec ambigitur præsumptiones a jure approbatas dici veras & plenas probationes, & sufficere, etiam ubi a jure instrumentalis probatio requiritur* (2). Un caso assai più malagevole riferisce deciso il Reggente Petra. In un istrumento di mutuo erasi tra il creditore, e 'l debitore convenuto espressamente di non potersi in altra guisa provare il pagamento, che per via di scrittura, con cui si cancellasse l'istrumento. Malgrado tal patto il debitore si garantiva, adducendo il presunto pagamento. Si appoggiava egli principalmente, dacchè aven-

(1) *Merlin. Controv. Lib. I. cap. 86. per totum.*
(2) *Prato Tom. 3: discept. 8, num. 2.*

avendo venduta una casa al preteso creditore ; dopo contratto il mutuo , aveagli costui pagato il prezzo, cosa, che parea assurda , giacchè se fusse stato in realtà creditore , non avrebbe certamente pagato , ma l'avrebbe compensato col suo credito . Il creditore replicava essere vana ogni presunzione, giacchè ostavagli l'espresso patto , col quale nettamente si era convenuto non potersi in altro modo provare la soddisfazione , se non per pruova scritturale . Pur nondimeno il S. C. avendo in veduta più tosto quel che sembrava unisono al fatto , ed al verisimile , fece valere l' eccezione del reo convenuto , e lo assolvè dalle molestie del creditore (1) . Ben ragionevole , e sensata fu tal giudicatura , avvegnachè colla lunghezza del tempo , e col trascorrimento degli anni ben di leggieri si presume, che la scrittura siaci stata , e se ne fusse perduta poi la memoria. Ma noi non siamo in questo caso, giacchè l'accennato patto nel nostro istrumento non vi è . Ciò ha servito unicamente a dimostrare , che la pruova presuntiva si ammette ne' nostri Tribunali non solo a fronte di un istrumento , onde sorge il debito , ma anche in faccia ad un espresso patto ,che spieghi non potersi dimostrare il pagamento per altro modo , che per via di solenne scrittura .

(1) *Hoc non negabat Olimpia , sed dicebat habere per se clarum pactum in instrumento adiectum , non posse , scilicet probari mutui solutionem nisi per scripturam , & instrumenti cancellationem .... Et discusso articulo per S. C. die 4. Julii 1661. , referente Domino Marchione Oliveri , fuit absolutum patrimonium Michaelis de Amato debitoris in Banca de Neapoli in proc. fol. 647. Et ultra præsumptiones prædictas alia concurrebat , D. Laurentium nempe creditorem , emisse domum a Michaele fratre , & pretium exolvisse , quod retinuisset , si creditor fuisset . Petra in Rit. 175. n. 7.*

Si risponde ad un altra difficoltà.

Ma è tempo or mai di dar convincente, e plausibil risposta ad una altra objezione ideata dal mio contradittore, e su di cui egli tanto conta, che nulla più. Egli risolutamente sostiene, che a fronte della medesima nulla ostino; e niente vagliano le conghietture opposte, e le ragioni addotte dalli fratelli Francia. Dice adunque, che D. Porzia di Francia madre di Giulia Marincola gravò la di lei figlia di un fedecommesso a pro di D. Tommaso, e D. Francesco di Francia, caso che ella mancasse di vita senza figli. Questa contingenza si avverò. Quindi in morte di D. Giulia la eredità di Porzia di Francia in vigor del fedecommesso dovea restituirsi alla famiglia Francia. D. Giulia nel suo testamento ciò previde - e quindi avendo istituiti eredi D. Domenico, e D. Fabrizio Marincola Dattili suoi cugini, ordinò agli eredi, che avessero procurato comporre amichevolmante le pretensioni degl'individui della famiglia Francia, e caso che a costoro non piacesse comporle, avessero potuto gli eredi di essa D. Giulia *servirsi in giudizio di tutte le sue ragioni, che adversus di tal pretenzione le competeano*. Estinta già D. Giulia senza figli, la famiglia Francia non risvegliò mai tal pretenzione, se non che nell' anno 1796., ed in tal tempo stimò D. Tommaso Marincola padre di D. Raffaele dedurre la sua azione per lo credito di ducati tremila. Ecco la ragion sufficiente del lungo silenzio, dice il mio contradittore: ecco il genuino motivo per cui la famiglia Marincola tacque mai sempre la pretensione del credito, aspettando il momento, che la famiglia Francia si fusse prima indirizzata ne' Tribunali per ripetere il fedecommesso; e quindi essendosi già il giudizio dedotto per la prima volta nell'anno 1796, fu sollecito D. Tommaso Marincola a dedurre anch' esso l' azione del credito di D. Giulia.

Per rispondere come conviene a questa objezione, è oppor-

tu-

tuno esaminare, e valutare la verisimiglianza del fatto, che si adduce, e quali conseguenze sen possan dedurre. Io fò al mio contraddittore il seguente dilemma. Dopo la morte di D. Giulia si verificò il caso della sostituzione fedecommessaria, o pur nò? Se egli mi risponde, che la sostituzione era estinta, per la premorienza di Tommaso, e di Francesco di Francia eredi sostituiti a D. Giulia che fu la erede gravata, io ragiono a tal modo: se tal sostituzione credevasi caducata senza progresso niuno, come potrebbe intendersi, che la famiglia Marincola avesse voluto tralasciar lo sperimento di un credito appoggiato a pubblica scrittura per un idea creduta vana, e fantastica di un fedecomesso riputato da essa caduceato, ed estinto? Questo fatto esibisce tanta inverisimiglianza, che non può affatto cader in idea ad uom ragionevole.

Se poi il mio contraddittore si rivolgesse a dire, che la famiglia Marincola è stata sempre convinta, e persuasa della durata, e tratto progressivo della sostituzione a favor della famiglia Francia, io non trovo neppur plausibile, e conchiudente la contraria posizione. In fatti se il fedecommesso di D. Porzia avea durata, e progresso, dovea averlo tra' discendenti della famiglia di Francia, e mentre che durava la linea contemplata. I chiamati dunque succedeano *ex propria persona*, e per effetto del benefico invito della testatrice. All' opposto nel debito succeder doveano soltanto gli eredi de' primi debitori; e senza il titolo, e carattere di eredi non poteano essere convenuti. Or non saprebbe idearsi, come nel vario cammino che poteva avere il fedecommesso, ed il titolo ereditario, poteano gl' individui della famiglia Marincola esporsi al cimento di restituire il fedecommesso, e non esser pagati del loro preteso credito. Dippiù quel che dice D. Raffaele Marincola si riduce in sostanza ad un idea di compensazione, la quale non può affatto aver luogo tra denaro soggetto a vincolo di fedecommesso, e denaro libero, ed

esente da ogni vincolo. Non vale dunque opporla nel caso presente, in cui non è presumibile, che la famiglia Marincola abbia voluto trascurare la esazione di un credito di danajo libero per compensarlo con un fedecommesso coll'evidente pericolo di pagar l'uno, e non potere esigere l'altro, Più: D. Giulia Marincola col suo testamento riserba agli eredi la facoltà di valersi di tutte le sue ragioni contra la pretensione del fedecommesso, che potean suscitare i fratelli Francia per lo fedecommesso di D. Porzia. Ma fece ella menzione forse del credito di ducati 3000.? certamente nò. Nè può dirsi, che questo credito andava compreso nella generalità di quelle espressioni *tutte le sue ragioni*. Imperciocchè si soggiunge, *che adversus tale pretenzione li competono*. La riconvenzion del credito non si oppone alla idea del fedecommesso. Chi riconviene non esclude con questo l'azione dedotta contro di lui dall'attore. Se dunque D. Giulia riserbò agli eredi tutte le ragioni, che le competeano contro la pretensione de' fratelli Francia, sembra chiaro, che ella intese riserbare ai medesimi le ragioni per le detrazioni di legittima, ed altro, che ella poteva sperimentare, giacchè con queste opposizioni si oppugnava il fedecommesso, non già colla riconvenzione. Da tutto ciò è evidente, che il testamento di D. Giulia lungi di favorire la intrapresa dell'avversario, somministra anzi pel suo silenzio grave, e poderoso argomento a pro de' miei clienti. Dopo avere disnebbiata la difficoltà, è tempo di accostarci all'analisi della sentenza.

Si rileva una delle sviste occorse nella sentenza.

MA figuriamo, che la sciagura de' nostri elienti sia così infausta, e dolorosa, che le ragioni finora allegate dirette ad escludere la dimanda dell'attore, non colpiscano l'animo del S. C., e tutto si ammettesse secondo le lusinghiere e compiacenti speranze del Marincola, in tal gradita ipotesi da quale anno potrà mai contare, che si debbano calcolare le annualità? Potrà mai reggere quella parte della sentenza, in cui per una svista si condannano i fratelli Francia a pagare tali annualità *a die contractus initi*, mentre l'attore tra le sue trasportate dimande non era giammai trascorso a chiederle, che dal dì della morte di D. Giulia prima creditrice? Tra le lussureggianti dimande di D. Tommaso Marincola, nella classe de' suoi eccessivi desiderj spiegati in questo giudizio, egli non si era mai arrischiato a pretendere le annualità *a die contractus*, anzi nel marcare il tempo, in cui disse volerle, disegnò precisamente il tempo della morte di D. Giulia. Or come poteva il S. C. eccedere i limiti della dimanda? Il Magistrato colla sua decisione non fa altro, che dichiarare, so

VIII. NULLITAS. Explorati juris est sententiam judicis, ut firmo stet talo, conformem esse debere libello ac petitioni actoris, itaut ab eo ne hilum quidem discrepet. Hinc si Stichum actor petierit, & ad Getam tradendum magistratus reum damnaverit, perlusorie egisse videtur. Item si decem *postulaverit, non poterit reus in* duodecim *damnari. Eleganter quidem Javolenus* (1) *edixit*: Ultra id quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest. *Hinc ex jurisprudentiæ regulis Gothofr. in d. L. admonuit*: Si libellus, & sententia discrepent, sententia nulla est *l. ult. C. de fideicomis. libert.*: Discrepant autem si judex actori, plus tribuit quam petiit §. 34. *inst. tit. de act.*

D.

se l'azione proposte abbia o no sussistenza. Quando trovala sussistente, la sua sentenza si adatta alla dimanda, e con essa si livella. Quando trovala sfornita di appoggio, la rigetta, ed il reo si rimanda assoluto. Il volere ol-

---

D. Thomas Marincola cum judicium deduxit in S. C. instans pro rescissione contractus, annuos redditus sibi deberi ait ab anno 1729., idest post obitum Juliæ Marincola primæ creditricis. Quanam igitur ratione S. C. ultra petitionis tenorem condemnare reos conventos poterat ad annuas pensiones solvendas a die contractus initi hoc est, ab anno 1711.? At id nec ratio patitur, nec æquitas suadet. Ergo nullitas &c.

IX. *NULLITAS. Id quidem ex eo confirmatur, quod cum D. Thomas Marincola annum certum designaverit, a quo fratres de Francia annuas pensiones solvere desierunt, ex necessaria consequutione fassus est pensiones annuas præteriti temporis, scilicet ante annum 1729. fuisse solutas. Quid clarius? Ecquis est enim, cui verisimile videatur. D. Thomam Marincola ab anno 1729. annuos redditus in S. C. postulasse, nisi certo certius ei constitisset, omnibus retro præteritis annis fuisse exolutas? Peremptorium in eam rem argumentum videtur, quod exhibet L. 3. C. de Apoch. publ., qua edicitur, quod is, qui trium cohærentium annorum apochas profert; superiorum annorum apochas ostendere non tenetur, præsumitur enim præteritis annis retrosolvisse. Exinde liquet, quod cum diserte D. Thomas Marincola annuas pensiones ab anno 1729. postulasset, id quidem apertam confessionem induçit pensiones præteritorum annorum fuisse solutas. Sed hæc ex abundanti dicta sunto. Etenim superiora evincunt totum debitum apparens ex instrumento anni 1711. fuisse ab origine sua simulatum, & evanidum, vel omnino extinctum solutione tam sortis, quam pensionum decursarum. At secus rationes suas iniit S. C., dum sua sententia debitum adhuc existere judicavit. Nullitatem igitur in sinu continere suo, quis jure negaverit?*

oltrepassare questi limiti non pare, che si confà a quella saggia moderazione, che è la virtù più lodevole da serbarsi nel giudicare. *Magistratus sapientis est litigantium desideria, quando juri conveniunt, sequi, non ultra excurrere:* diceva il sensato Connano (1): L'immortale Leibnitz ci fa sapere, che la decisione per essere giusta e ben livellata, deve contenere un sillogismo, col quale paragonando la dimanda dell'attore alla legge, si dichiara giusta, se vi combacia; illegitima, se ne è difforme (2). La decisione adunque dee contenere il risultato, o sia la illazione, che nasce dal confronto della dimanda dell'attore colla regola, che è la legge ben intesa e giustamente applicata. Adunque quando si va più in là di questo nel giudicare, si commette un abuso di facoltà, che la legge non comporta, e la sana ragione ributta. Allora non si paragona la dimanda dell'attore colla legge, ma tutt'altro che al giudice viene in mente. Ma a noi non duole del S. C.. Egli saprà colla sua docile moderazione, riconoscere la propria svista. Ci duole sibbene, ed a ragione dell'avversario, che appetto della sua solenne dimanda, su di cui il termine già trovasi compilato, vuole oggi difendere quello, che non si può per alcun modo sostenere.

Dippiù come potrebbe il Marincola chiedere tali annualità *a die contractus*, mentre egli disegnò il tempo della mora de' debitori *a die obitus* di D. Giulia? Se per confessione del padre di lui la *mora* de' debitori cominciò dal momento della morte di D. Giulia, questo linguaggio non induce chiara e sicura la conseguenza, che prima di tal tempo non ci fu *mora*? Se io dicessi, che Tizio dal mese di Aprile cominciò ad ammalarsi, questo dire non induce naturalmente la idea, che prima di quel mese egli era sano e nel suo vigore? Bisognerebbe rinunziare al senso comune per affermare il contrario. Il Marincola nella prima

(1) *Connan. de Jure Civili lib.* 1.
(2) *Leibnitz de Jurisprudentia juvenil.*

ma supplica disse, che li fratelli Francia dal dì della morte di D. Giulia cessarono di pagare, *desierunt solvere*. Dunque secondo la confessione dell'avversario fino a quel punto avevano pagato. *Qui unum dumtaxat ait, alteram negasse videtur*, dice a proposito l'impareggiabile Binkersoek (1). E' canone di giurisprudenza. *Non potest videri desiisse habere, qui numquam habuit* (2). Così del pari io ragiono a tal modo. *Non potest videri desiisse solvere, qui nunquam solvit*. Dunque se per confessione degli avversarj, li fratelli Francia lasciarono di pagare nel tempo della morte di D. Giulia, è chiaro che fino a quel punto per attestazione de' contrarj, avevano pagato (3). Ma a che dilungarci in cose chiare cotanto, che ogni lampo di sana ragione basta a farle intendere (4). Noi abbiamo lieta fiducia di augurarci, che questo esame resti inutile, e che il S. C. ci faccia ragione sugli altri punti più essenziali della difesa. Tutto ciò ha servito unicamente a rilevare con quanta incoerenza d'idee siasi tolta a difendere la presente causa (5).

Esi-

(1) *Bynkersoek de pactis incontinenti adjectis cap. III.*

(2) *L.* 208. *D. de R. J.*

(3) La Logica insegna, che *privatio supponit habitum*. *Aristot. lib. III. Logicorum.*

(4) Mille luoghi e regole del dritto confermano l'addotta dimostrazione. *Unum ex pluribus casum diserte comprehendens dispositione sua, ab ea exclusisse contrarium intelligitur. Tuldenus de Jurisprudentia extemporali cap. XXVIII. ex l.* 26. §. *cum inter D. de pactis*. Chi rimarca un tempo certo, esclude l'antecedente, e il susseguente: *Quod ad tempus prohibetur, eo finito permittitur: ita ad tempus concessum post illud prohibitum intelligitur. Tulden. ibid.*

(5) Nè è da ometterè, che la supplica di D. Tommaso Marincola fu livellata sul piano di difesa, che si era fin d'allora disegnato. Il Marincola ha sempre detto, che

la

Esame della condanna relativa alle annualità.

INoltre s' immagini pure, che regga la idea dell' avversario, cioè che non siasi chiesto il credito a riguardo del fedecommesso, al quale i fratelli Francia erano chiamati, e che li signori Marincola possedevano, potrebbe ora il S. C. facendo uso della sua giustizia condannare i miei clienti a soddisfarne le annualità ? E' ragionevole quella parte della sentenza, con cui a tale condanna si fanno essi soggiacere ? Li miei clienti credono a ragion veduta, che meriti riforma. Quindi se ne sono particolarmente doluti colle nullità, ed eccoci a giustificare tali doglianze.

La

---

la ragion del silenzio della sua famiglia è stata quella del fedecommesso, di cui si riconoscevano debitori. Ora questa ragione valeva dopo la morte di D. Giulia, quando verificossi l' evento del fedecommesso. Dunque con accorgimento D. Tommaso limitò la prima dimanda intorno alle annualità dal dì della morte di D. Giulia, perchè altrimenti la dimanda non avrebbe potuto corrispondere al sistema della difesa, che si era ideato. Potrebbe ora D. Raffaele Marincola figlio ed erede del padre contraddire e variare tale posizione ?

X. *NULLITAS. Sed ad alia properare fas est. Audire lubet adversarium, ut ejus argumenta diluantur. Illud quidem maxime urget contradictor, ita ut jugulum fratrum de Francia petere videatur, quod scilicet tam longum silentium servarint ea probabili ratione, ne stimulos adderent fratribus de Francia debitoribus contra se fideicommissi actionem instituendi. D. Thomas Marincola igitur ejusque adscendentes de credito censuali siluere, & silere in proposito habuere, donec fratres de Francia de fideicommisso tacuissent. Quando igitur fratres de Francia judicium fideicommissi agitare cœperunt in S. C., ipsi de Marincola rescissionem contractus, & pensionum solutionem a fratribus de Francia postularunt.*

At

La ragionevolezza di questa nullità si rende palese e sicura, qualora vogliasi por mente alla posizione degli stessi avversarii. Le stesse loro voci sono garanti delli nostri assunti. In fatti cosa mai essi affermano per escludere il presunto pagamento? Dicono, che avendo essi in mano il fedecommesso istituito da Porzia di Francia, non vollero mai intraprendere la dimanda del credito dovuto da' fratelli Francia, per non dare loro occasione e motivo di chiedere tale fedecommesso. Ecco la ragion sufficiente del silenzio, essi dicono. Dunque li signori Marincola amarono meglio godere placidi e tranquilli de' frutti del fedecommesso, che chiedere le annualità del loro credito da' fratelli Francia, e se ne credettero ampiamente compensati. Questo tenore essi serbarono per lunghissima

At quamvis hæc speciose dicantur, rem tamen intime perspicienti non obscure liquet evanida esse. Etenim quis concoquat D. Fabritium, D. Thomam aliosque de Marincola petitionem sui crediti distulisse per tam longum annorum curriculum ob timorem restitutionis fideicommissi, quod ipsi extinctum, vel effectu vacuum censebant? Quando enim fratres de Francia de fideicommisso agere in S. C. cæperunt; D. Thomas Marincola in judicium vocatus sollemni instantia respondit fideicommissum in caduci caussam recidisse, quod priores heredes testatrici prædefuncti erant. Subdidit insuper quod si vel maxime concederetur fideicommissum perdurare, inutile, & effectu vacuum esset ob immodicas detractiones, quas sibi competere ait super fideicommisso. Quæ cum ita sint, nemo certe sibi persuaderi poterit D. Thomam Marincola omisisse petitionem annuarum pensionum publico instrumento subnixam prætextu fideicommissi, quod ipsi evanidum, & caducum adserebant. At licet his aliisque responsionibus optime adversarii argumento satisfactum sit, S. C. eas nullo pretio habuit, dum secus pronunciavit sua sententia. Nullum igitur exinde emergere, palam est.

XI.

sima serie di anni, ed i fratelli Francia anche fecero lo stesso. Or chi non vede, che tale condotta serbata costante tra le due famiglie per lo corso progressivo di tanti anni induce la idea di un patto tacito tra le stesse famiglie, cioè, che si compensassero a vicenda i frutti del fedecommesso colle annualità del Capitale *pro concurrenti quantitate*? Possono mai disconvenire da questo fatto gli avversarj, mentre essi stessi con idee ferme e risolute hanno sostenuto, che essi si sono per tanti anni astenuti di aggire per le annualità, perchè erano in possesso del fedecommesso di D. Porzia? Se dunque egli è cosi, come gli stessi avversarj affermano, come poteva il S. C. condannare i miei clienti alla soddisfazione di tali annualità, mentre li

XI. NULLITAS. Nec obturbat quod adversarius ait, & summa fiducia adfirmat, scilicet se suosque majores ea ratione debiti censualis solutionem nunquam postulasse, ne occasio daretur fratribus de Francia fideicommissi petitionem contra ipsos instituendi, & vindicias agendi. En diuturni silentii causa genuina, ait adversarius. Sed jamjam ostensum est supra, quam debilis, & a veritate dissona sit hæc adversarii responsio. At fingamus veram esse hypotesim istam, quam in deliciis habet contradictor, quid inde utilitatis causæ suæ sperare poterit? Si D. Thomas Marincola, suique majores annuas pensiones capitalis haud postularunt per tam longam annorum seriem, quæ pene sæculo æquatur, quia debiti ex caussa fideicommissi conscientia tenebantur, intimeque convicti erant, si ex opposito fratres de Francia fideicommissi petitionem tamdiu distulerunt, quia debiti censualis conscientia tenebantur, quænam juridica consequutio exinde eruitur? Reciprocum istud silentium tacitum pactum innuit inter debitores creditoresque intervenisse, cujus vi adversarii de Marincola retinebant fideicommissi fructus vice annuarum pensionum, quæ ex capitali decurrebant; idque

li Signori Marincola in loro vece hanno goduto de' frutti del fedecommesso. La lunghezza del tempo, e il silenzio costante induce il patto tacito, e ne somministra sicura pruova. E qual cosa merita maggior riguardo, quanto i patti vicendevoli di famiglie congiunte tra loro? La legge 69. *in princip. D. de jure dotium* ce ne assicura compiutamente: *Cum post divortium, viro sciente, mulier in possessionem prædiorum, quæ in dotem promisit, longo tempore*

idque pro concurrenti quantitate. Item fratres de Francia annuas pensiones retinebant loco fructuum fideicommissi, cujus adversarii Marincola debitores erant, idque etiam pro concurrenti quantitate. Hoc tacitum pactum, teste Gothofr., ex tempore, & diuturna taciturnitate inducitur. Luculenter id adstruitur ex Papiniani responso in l. 69. D. de jure Dot. Cum post divortium, viro sciente, mulier in possessionem prædiorum, quæ in dotem promisit, longo tempore fuerit, convenisse tacite videtur, ne dos, quæ promissa fuerat, petatur, & si petere ea cœperit, pacti exceptione a muliere repellitur. *Ex hoc textu collegerunt interpretes, ex longo tempore, & diuturno silentio tacitum pactum induci. Cum igitur adversarii semel, atque iterum confessi sint, se annuarum pensionum petitionem per longissimam annorum seriem omississe, quia debiti ex caussa fideicommissi conscii erant, nonne id aperte innuit tacitum pactum adfuisse, cujus vigore fructibus fideicommissi loco annuorum reddituum dicti de Marincola fruerentur, dum vicissim fratres de Francia annuas pensiones retinerent vice fructuum fideicommissi? Hisce positis intelligi profecto nequit, cur S. C. contra adversarii ipsius confessionem adversus pacti hujusce tenorem, jurisprudentia invita, fratres de Francia damnarit ad annuas pensiones solvendas ab anno 1711., quo contractus censualis initus fuit. Perperam igitur S. C. censuit, meritoque ejus sententiæ tenorem fratres de Francia reformari petunt. Ergo nullitas &c.*

pore fuerit, convenisse tacite videtur, ne dos, quæ promissa fuerat, petatur, & si petere ea cœperit, pacti exceptione a muliere repellitur. Sulla quale legge il celebre Gotofredo scrisse così. *Longum tempus, et diuturnum silentium taciti pacti exceptionem inducit.*

Ciò posto egli è chiaro, che quando pur il S. C. avesse voluto ammettere la posizione dell' attore, non poteva condannare i miei clienti alla soddisfazione delle annualità almeno fino al punto, che li fratelli Francia non impresero il giudizio del fedecommesso nel S. R. C. Ma non è questo l' unico appoggio della difesa. Veniamo ancora al dritto della ritenzione -

Dritto di ritenzione.

VEdiamo l' affare per altro aspetto. Se quanto si è addotto dall' avversario per escludere il presunto pagamento è poggiato al fedecommesso di D. Porzia, del quale i miei clienti vanno creditori, come potrà loro negarsi il dritto di ritenere? Niuna ragione comporta, che i miei clienti soffrano la condanna per lo credito, e per le annualità, mentre anche essi sono creditori di somme assai più rilevanti per causa del fedecommesso anzidetto. La sentenza adunque del S. C. anche per questa parte urta colle regole del dritto, secondo che ora dimostreremo.

E' chiara e sicura giurisprudenza, che trovandosi taluno nel possesso della roba benchè aliena, ha dritto di ritenerla presso di se, fino che non sia compiutamente soddisfatto del suo credito. La legge in tal caso gli somministra la eccezione *doli mali*, colla quale respinge il padrone che vuol vindicarla, fino che non sia da lui soddisfatto del credito suo. Questo dritto di ritenzione è suggerito da una natural giustizia; e quindi, come osserva il sensato Gerardo Noodt (1), esso ha luogo tanto nel

(1) Noodt Comment. ad Pand. tit. *de petit. hered.*

nel possessor di buona, che in quello di mala fede. E' conseguenza di ciò, che non può il creditore essere amosso dal possesso della roba, ch' egli ha dritto di ritenere, fino che non abbia conseguito il suo. Questa ritenzione conviene al marito per le spese da lui fatte su i beni dotali (1): compete a colui che ha edificato, o fatte piantagioni sul suolo alieno, per essere rifatto del valore di tali migliorie (2). Ella è tanto dalla legge favorita e protetta, che si concede anche in quei casi, che il possessore sia destituito di ogni azione, onde ripetere il suo (3). In mille luoghi la romana giurisprudenza ha autorizzato tal dritto di ritenere, in guisa che pure a' possessori di mala fede esso giova opponendosi a modo di eccezione.

Il Giureconsulto Paolo in un suo responso solennemente decise, che se il padrone del suolo chiedesse di revindicare dalle mani altrui un fondo, sul quale il possessore avesse costruito un edifizio; potesse costui garentirsi opponendo la eccezione *doli mali*, in vigor della quale egli è autorizzato a ritener la roba, fino che non è rifatto del valore dell' edifizio: *Paulus respondit, eum qui in alieno solo ædificium extruxerit, non alias sumtus consequi posse quam si possideat, & ab eo dominus soli rem vindicet: scilicet opposita doli mali exceptione* (4). Nel titolo del Codice che comincia *etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse*; si ampliò tanto, e si estese, che si accordò a qualunque creditore anche coll' azion personale, dandogli la facoltà di ritenere la roba a se oppignorata, malgrado che estinto fusse quel credito a riguardo del qua-

(1) L. V. *De impensis in rem dotal. factis*.
(2) L. XIV. D. *de doli mali vel metus exceptione* L. 1. § *Is autem D. de superficiebus*.
(3) L. XXXIII. ~~in fin.~~ D. *de condictione indebiti*.
(4) L. XIV. D. *de doli mali vel metus except.*

quale la roba erasi data in pegno. Così stabilì l'Imperator Gordiano (1). Quindi il dotto Giacomo Gotofredo scrisse così -- *Et cum varia sint possessionis commoda, inter alia est commodum retentionis. Sæpe scilicet retinere quid cui licet, quod petere non licet. Quod quis neget maximum cautionis genus esse? ut ecce naturale debitum peti utiliter non potest, & solutum tamen ex debito naturali retineri* (2). Su tali idee l'elegante e preciso Eineccio nel definire la vera indole della ritenzione scrive a tal modo. *Unde huic juri* (retentionis) *locus est, etiamsi species debeatur. Eadem recte utitur unusquisque ipso jure ob qualecunque debitum, ope vero exceptionis etiam* ob illiquidum *e. gr. maritus ob impensas in res dotales factas, creditor in pignore ob qualecumque debitum; immo & depositarius in re deposita ob impensas in rem depositam factas. Quæ secus se habere in compensatione vidimus* (3).

Nella *L.* 26. §. *si centum ff. de condict. indebit.* si tratta il seguente caso. Cajo debitore di cento, credendo per errore, che il suo debito era di duecento, diede *insolutum* un fondo, che pur duecento valeva. Il Giureconsulto Marcello decise, che giustamente potea ripetersi *condictione indebiti*. Pur non pertanto ammise, che non dovea negarsi al possessore il dritto di ritenere, fino che non sarebbe stato del suo credito soddisfatto: *Si centum debeus, quasi ducenta deberem, fundum ducentorum solvi, competere repetitionem Marcellus lib.* 10. *digestorum scribit .... Ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur.*

Dalle accennate teorie resta col maggior grado di evidenza dimostrato, che il dritto della ritenzione è protetto da i suffragj riuniti della ragione, e della legge. E se è così, come par sicuro, che sia, è evidente la conseguenza, che non possa aver luogo la condanna contenuta nella sen-

ten-

(1) L. unic. C. *Etiam ob chirograph. pecun. pignus retineri posse.*

(2) Jacob Gothofr. in l: XXV. de R. J.

(3) Heinecc. Elem. Pandect. lib. XVI. Tit. 3. §. 216.

tenza del S.C., finoche D. Raffaele Marincola dopo il totale sviluppo del giudizio, che si agita nello stesso Tribunale presso lo Scrivano Villani non abbia restituito i capitali, e cespiti del fedecommesso di Porzia di Francia, che senza ragione indebitamente per tanti anni esso, ed i suoi maggiori han goduto.

CONCHIUSIONE.

NOi abbiamo veduta la difesa della presente causa in tutti gli aspetti, e da tutti questi aspetti di difesa messi nel vero lume, e dalle loro dimostrazioni si è rilevato, che la sentenza del S. C. deve essere rivocata. Noi abbiamo nettamente dimostrato, che il credito preteso da D. Raffaele Marincola contiene una idea male appoggiata, e si riduce ad una pretensione stravagante, e senza ragionevol sostegno. Gli argomenti, che fan presumere la soddisfazione sono tali, e di tanta efficacia, che secondo le teorie ricevute in tutti i tribunali, e giusta i principj del buon senso, e del sano pensare, debbono rilevare i miei clienti da ogni molestia. Noi abbiam dimostrato, che quando ammetter si volesse la posizione dell'avversario diretta ad escludere il presunto pagamento, pure giova a' nostri clienti il dritto della ritenzione; e finalmente in ultima analisi si è fatto vedere, che la condanna relativa alle annualità *saltem ante litem motam* non può per alcun modo sostenersi. Ed ecco per quanti modi, e per quante vie la sentenza esige riforma.

Il S. C. accoglie i richiami. Il S. C. riesamina con occhio severo, ed imparziale le sue decisioni. Il S. C. emenda, e rettifica li suoi decreti. Se i miei clienti sono protetti dalla ragione: se la giurisprudenza parla a favor loro: se la loro difesa è bene appoggiata, qual fiducia non devono avere nella gravità del Magistrato.

Napoli li 26. Novembre del 1804.

Felice Parrilli
Domenico Criteni.

Die 29. mensis Novembris 1804.
Imprimatur = *DI FIORE*

VAL
1523655